

**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
COMMISSIONE PER LE ADOZIONI INTERNAZIONALI
AUTORITÀ CENTRALE PER LA CONVENZIONE DE L'AJA DEL 29.05.19**



Esiste nel diritto internazionale un diritto del minore a crescere in famiglia?

DI JOËLLE LONG



www.commissioneadozioni.it

Durante un recente seminario organizzato dalla Commissione per le adozioni internazionali sul tema “L’accoglienza di bambini in stato di abbandono nel mondo: strumenti giuridici a confronto” (Istituto degli Innocenti, Firenze, 18 ottobre 2019) un autorevole relatore straniero ha disorientato gli astanti dichiarando a chiare lettere che “non esiste nel diritto internazionale alcun diritto del minore a crescere in famiglia”. La ragione dello sconcerto che ha accolto l’affermazione nasce dal fatto che costituisce per gli operatori italiani una convinzione consolidata che ogni persona di età minore abbia non solo un interesse, ma un vero e proprio “diritto all’appartenenza a un gruppo familiare”¹. Così del resto proclama in modo inequivocabile il titolo della legge 4 maggio 1983 n.184, modificato dalla legge 28 marzo 2001, n.149 in “Diritto del minore a una famiglia” proprio per offrire a questo principio una collocazione altamente simbolica. Ne è poi riprova tutto l’impianto della legge n.184/1983. Nel suo articolo iniziale infatti questo testo normativo riconosce il diritto di ogni minore di “crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia” e impone allo Stato, alle regioni e agli enti locali di sostenere i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l’abbandono e di consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia (art. 1 commi 1° e 2° legge n.184/1983). Nel prosieguo si prevede che il minore “privo di un ambiente familiare idoneo” possa essere allontanato e collocato in un’altra famiglia: se l’inadeguatezza della famiglia di origine è valutata risolvibile entro un periodo di tempo ritenuto conforme all’interesse del minore, si tratterà di una famiglia affidataria o, ove non sia possibile, di una comunità che comunque deve essere “di tipo familiare” (art. 2 comma 1° legge n.184/1983); se invece la difficoltà della famiglia di origine è giudicata grave e definitiva, il collocamento sarà in una famiglia adottiva (artt. 7 e 8 legge n.184/1983).

Assodato dunque che il diritto del minore a una famiglia costituisce tratto caratterizzante dell’ordinamento giuridico italiano, occorre approfondire la tesi che ne nega l’esistenza nel diritto internazionale. E ciò non perché accertare l’assenza del principio nel diritto internazionale imporrebbe una modifica dell’ordinamento italiano: è infatti perfettamente legittimo che uno stato sovrano adotti strumenti atti a offrire quella che, secondo la propria prospettiva, è una migliore tutela del minore (così del resto si esprime l’art. 41 n.1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza). L’interesse per tale approfondimento nasce piuttosto dalla volontà di capire la diffusione di tale opinione nel contesto internazionale, nonché quali possano esserne le motivazioni alla luce del fatto che tale tesi riecheggia almeno in parte argomenti utilizzati per contestare l’adozione in sé.

Si tratta, in effetti, di un’opinione che il medesimo autore ha ripreso in pubblicazioni scientifiche (N. Cantwell and A. Holzscheiter, “Art. 20: Children Deprived of Their Family Environment”, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008), e documenti di altra natura (es. Council of Europe - Commissioner for Human Rights, *Adoption and Children: A Human Rights Perspective*, prepared by N. Cantwell, CommDH/IssuePaper(2011)2, in <https://rm.coe.int/16806dac00>; Cantwell, N.; Davidson, J.; Elsley, S.; Milligan, I.; Quinn, N. (2012), *Moving Forward: Implementing the*

¹ Così uno dei padri del diritto minorile: A. C. Moro, *Il bambino è un cittadino*, Mursia, Milano, p.173.

‘Guidelines for the Alternative Care of Children’. UK: Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland) e che ha così argomentato:

“Si afferma comunemente che ogni minorenne ha "diritto" a una famiglia, e di conseguenza, *inter alia*, a essere adottato.... Questa affermazione è priva di fondamento. Al contrario, "i bambini hanno diritto in forza di una serie di convenzioni al rispetto della vita familiare e alla protezione contro le interferenze illecite nella famiglia, ma i bambini, come gli adulti, non hanno un diritto a una famiglia in sé secondo il diritto internazionale"[Geraldine van Bueren (1998) “The International Law on the Rights of the Child”, Martinus Nijhoff Publishers, p. 93]. Secondo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia, il minore ha “per quanto possibile, il diritto di conoscere e di essere accudito dai suoi genitori, non a essere accudito da “genitori” in generale (Conv. ONU, art. 7). Certamente, assicurare un’assistenza familiare stabile è un obiettivo di politica sociale benvenuto e positivo quando i genitori non possono prendersi cura dei bambini, e il preambolo della CRC afferma che "per lo sviluppo pieno e armonioso della sua personalità, [il bambino] dovrebbe crescere in un ambiente familiare, in un’atmosfera di felicità, amore e comprensione". E’ tuttavia fuorviante e persino pericoloso interpretare questa affermazione valida come un "diritto", tanto più per invocare questo presunto diritto come base per procedere all’adozione" (Council of Europe - Commissioner for Human Rights, Adoption and Children: A Human Rights Perspective, prepared by N. Cantwell, CommDH/IssuePaper(2011)2, pag. 13).

Insomma: tradurre l’interesse del minore “a crescere in famiglia” (*family environment*) di cui all’art. 20 Conv. ONU sui diritti dell’infanzia in termini di “diritto” umano fondamentale (*fundamental human right*) “ad avere dei genitori” produrrebbe effetti deleteri. Interpretare in modo restrittivo la locuzione “family environment” limitandola alle cure *genitoriali* ostacolerebbe infatti l’implementazione del principio della sussidiarietà dell’adozione in quanto svaluterebbe il ruolo che la famiglia allargata può svolgere anche in via informale nella cura del minore che non possa essere cresciuto dai “genitori”². Inoltre, l’uso del termine “diritto” porterebbe a escludere in modo rigido e preconetto che possa essere considerato nell’interesse di un minore allontanato dai genitori fruire di strumenti di protezione diversi dal “trapianto” in un’altra famiglia tramite gli istituti “canonici” dell’affidamento familiare o dell’adozione. Al contrario, non si dovrebbe invece escludere che circostanze concrete (ivi compresa l’opinione stessa del ragazzo capace di discernimento) possano indicare come maggiormente rispondere all’interesse del minore l’inserimento dello stesso in un’adeguata “struttura residenziale”.

Pur concordando che un’adeguata accoglienza residenziale possa in alcune situazioni meglio rispondere alle specifiche esigenze di un minore e pur volendo stigmatizzare prassi distorte di utilizzo dell’adozione come strumento di ingegneria sociale per rispondere alla domanda di adulti autocentrati e per togliere i figli a famiglie in condizioni di degrado socio-economico, si ritiene qui di aderire all’interpretazione secondo cui la persona di età minore ha diritto a crescere in *una* famiglia, la propria o, ove ciò non sia possibile perché la stessa manca o perché pregiudica o rischia di pregiudicare con la sua condotta l’interesse della prole, una famiglia sostitutiva, affidataria o adottiva. Tale pare peraltro essere l’opinione maggioritaria se anche il Parlamento europeo ha esplicitamente affermato che "tutte le convenzioni internazionali sulla protezione dei

² N. Cantwell and A. Holzscheiter, “Art. 20: Children Deprived of Their Family Environment”, cit., pag.1.

diritti dei bambini riconoscono il diritto dei bambini abbandonati e degli orfani di avere una famiglia" (Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 su una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori, par.109).

A favore di questa interpretazione mi pare deponga l'analisi letterale, sistematica e teleologica del diritto internazionale positivo e, in particolare della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*). L'art. 20 di questa infatti, in modo esplicito nelle versioni francese e spagnola ("*Tout enfant... a droit*"; "*Los niños... tendrán derecho*") ed implicitamente nella versione inglese, ("*A child... shall be entitled*") qualifica in termini di "diritto" l'aspettativa del minore privato del suo ambiente familiare a "una protezione ed aiuti speciali dello Stato..." che si possano concretizzare "per mezzo dell'affidamento familiare, della *kafala* di diritto islamico³, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia". E' certamente vero che la norma stessa afferma che gli Stati membri provvedono a questa "protezione sostitutiva" conformemente al loro diritto nazionale (art. 20 comma 2°) e che l'elencazione degli strumenti di protezione non è tassativa (nella versione inglese si dice esplicitamente "inter alia"). Tuttavia, un'analisi sistematica dell'art. 20 commi 2° e 3°, anche alla luce del Preambolo della Convenzione, pare indicare la configurabilità del "diritto" del minore privo o privato nel suo interesse della famiglia di origine all'accoglienza *in una famiglia*. Il comma 2° della norma, infatti, elenca quale scelta preferenziale la protezione mediante strumenti (affidamento familiare, *kafala* e adozione) che hanno il comune denominatore di offrire al minore "temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse" cure paragenitoriali (art. 20 comma 3°), cioè erogate da (almeno) un adulto coabitante, accudente e punto di riferimento emotivo. Il comma 3° afferma poi esplicitamente la natura sussidiaria (in "casi di necessità"⁴) del "collocamento in adeguati istituti per l'infanzia", che si distingue da predetti strumenti di protezione proprio per il diverso contesto (*environment, milieu*) delle cure⁵. Entrambe le disposizioni, inoltre, vanno collocate alla luce del Preambolo della Convenzione stessa secondo cui il minore "deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di

³ La *kafala* è un istituto giuridico disciplinato per via legislativa e consuetudinaria in numerosi Paesi islamici. Ha una funzione simile all'adozione piena di minori abbandonati ma se ne distingue per gli effetti prodotti: il minore infatti non diviene giuridicamente figlio della famiglia di accoglienza la quale tuttavia assume nei suoi confronti obblighi analoghi a quelli di un genitore verso la prole minorene.

⁴ Nel senso che le cure residenziali debbano costituire l'ultima risorsa e applicarsi solo qualora un collocamento di tipo familiare siano inadeguati per un determinato minore" si è espresso il Comitato per i diritti dell'infanzia (Committee on the rights of the child, General observations: Latvia, Latvia CRC/C/LVA/CO/2, para. 33).

⁵ E' pacifico che sebbene la norma usi il termine "istituzioni" il riferimento sia alla cosiddetta "residential care" (si vedano a questo proposito anche le *Guidelines for Alternative Care of Children* delle Nazioni Unite, disponibili all'indirizzo https://www.unicef.org/protection/alternative_care_Guidelines-English.pdf) e che essa debba essere per quanto possibile organizzata in modo da garantire un "family setting" (nelle parole del legislatore italiano "comunità di tipo familiare"). Occorre poi convenire che le differenze tra il collocamento in una struttura organizzata su base familiare e un affidamento familiare possono in alcuni casi essere molto ridotte.

comprensione”: e tale “ambiente familiare (*“family setting”*) pare infatti doversi intendere, anche grazie al riferimento successivo al “clima di felicità, di amore e di comprensione” (che valorizzano la componente “spirituale” sulle cure materiali), come un ambiente socialmente identificato dalla presenza, accanto a una persona di età minore, di (almeno) un adulto che si rapporti al minore come a un figlio. A favore di questa lettura paiono potersi richiamare le parole del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza secondo cui “qualora sia necessario il collocamento del minore fuori dalla famiglia di origine, lo strumento che più probabilmente può offrire risultati positivi per i bambini e i ragazzi è l’accoglienza tempestiva in una famiglia o in un ambiente familiare. Gli Stati parte sono incoraggiati a investire e sostenere forme di assistenza alternativa che garantiscano sicurezza, continuità dell’accudimento e affetti, e l’opportunità per i minori con sviluppare attaccamenti a lungo termine basati su fiducia e rispetto reciproci, per esempio attraverso l’affidamento, l’adozione e il sostegno per membri delle famiglie allargate” (*Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 7, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 36*).

Pare peraltro evidente che affermare il diritto del minore “abbandonato” a una famiglia non significa escludere che possano esservi situazioni in cui sia nell’interesse del minore una collocazione residenziale rispetto a un collocamento familiare: pensiamo a un giovane adulto allontanato dalla sua famiglia o a un minore straniero non accompagnato prossimi alla maggiore età che rifiutino scientemente un affidamento familiare/adozione. In tali situazioni è lo stesso principio dei *best interests of the child* di cui all’art. 3 della Conv. a imporre di effettuare una scelta diversa da quella che per legge è presunta essere quella migliore per il minore (il meccanismo è lo stesso che, per esempio, porta a derogare al diritto del minore a essere allevato dai genitori: quando si ravvisi che gliene deriverebbe un grave pregiudizio non altrimenti eliminabile, il minore deve essere allontanato).

La medesima impostazione pare del resto condivisa, per esempio, dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità stabilisce che “Gli Stati Parti si impegnano, qualora la famiglia di appartenenza non sia in condizioni di prendersi cura di un bambino con disabilità, a non trascurare alcuno sforzo per fornire cure alternative all’interno della famiglia allargata e, ove ciò non sia possibile, all’interno della comunità in un ambiente familiare” (art. 23 comma 5°). Anche qui, malgrado la mancanza del riferimento testuale al “diritto”, l’intento pare essere quello di affermare che ogni minore con disabilità che non possa rimanere nella famiglia di origine debba essere preferibilmente collocato presso un’altra famiglia.

Al contrario, negando il diritto del minore a “una” famiglia, si finirebbe mi pare per delegittimare culturalmente e legalmente l’adozione e l’affidamento familiare. La “famiglia” del minore sarebbe e rimarrebbe infatti essenzialmente quella di origine. Risulterebbero svalutati gli effetti riparativi che l’accoglienza in una nuova famiglia può produrre rispetto a situazioni di minori gravemente traumatizzati all’interno del contesto di origine e sarebbero dunque sempre più difficili gli allontanamenti, pur in situazioni di grave inadeguatezza della famiglia di origine. Si ammetterebbe, inoltre, l’equivalenza *tout court* dell’adozione rispetto al collocamento in una struttura residenziale anche per un lungo periodo, pur essendo ben conosciute le conseguenze negative e di lunga durata della privazione di cure individualizzate di tipo familiare sullo sviluppo

psicologico, fisico ed emotivo delle persone di età minore⁶. Nella pratica questo significherebbe inevitabilmente favorire il ricorso al collocamento residenziale, essendo indubbio che per tutti i soggetti coinvolti (famiglia di origine, ma anche autorità pubbliche) l'interruzione di rapporti giuridici e di solito anche di fatto sia assai più complessa da accettare e gestire di un prolungamento a tempo indeterminato dell'accoglienza in una struttura residenziale.



Joëlle Long è consulente giuridico della CAI e ricercatrice presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. I suoi temi di ricerca sono il diritto delle persone fisiche e della famiglia e il diritto minorile. Si occupa, in particolare, dell'impatto delle fonti di origine internazionale sul diritto italiano. La sua ricerca riguarda anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché - per la protezione degli adulti "deboli"- la Convenzione dell'Aja del 2000 e - per il diritto minorile - la Conv. ONU sui diritti dell'infanzia, la Conv. dell'Aja del 1993 sull'adozione internazionale, la Conv. dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minorenni e il Reg. CE 2201/2003. Altri due filoni di indagine riguardano i profili interculturali del diritto di famiglia e le questioni di genere nel diritto.

⁶ Cfr. da ultimo World Health Organization, Regional Office for Europe, “Better health, better lives: children and young people with intellectual disabilities and their families. Transfer care from institutions to the community”, EUR/51298/17/PP/3, 8 November 2010.
http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/126566/e94426.pdf
; Save The Children, “Keeping Children Out of Harmful Institutions: Why We Should Be Investing in Family Based Care”, 2009.
Afferma espressamente che